

情報収集義務と予見可能性との関係

——クモ膜下出血事例の検討——

日 下 和 人

- 一 はじめに
- 二 学説の検討／情報収集義務違反の効果
- 三 クモ膜下出血だけを取り上げる理由
- 四 クモ膜下出血の病態
- 五 民事裁判例の検討
- 六 症例検討
- 七 情報収集義務の契機（Ⅱ連想の起点）
- 八 結 び

一 はじめに

情報収集義務を正面から完全に否定する学説は、あまり見かけない。情報収集義務については、“肯定 vs 否定”という対立図式は、議論状況を表すのに適していない。むしろ、“肯定 vs 沈黙”という図式の方が、適している。

「予見可能性」の判断は、予兆・警告的表象のような予見を可能ならしめる事情（予見資料）から、構成要件の結果を連想することができたかどうかの検討であると考えることができる。そうだとすれば、この連想には、起点（予見資料）と終点（構成要件の結果の認識）とがあることになる。通常、過失論では、連想の起点と終点とを結ぶものとしては、脳内における１段階の推論過程だけが念頭に置かれている。何段階かに分けて、連想を発展させ

ていく場面はあまり考えられていない。認識を越えた外部的活動によって、予見資料を膨らましていく場面も、典型例としては、考えられていない。このため、連想の起点は、かなり充実した内容が要求されている。連想の起点が充実していれば、おのずと終点は「相当程度具体的に」なり、「予見可能性の内容は豊かに、その程度は高度のもの」となってくれる⁽¹⁾。

しかし、小さな徴候をきっかけとして調査をすると、調査結果が更なる調査を促し、予見資料が次第に充実していく場合もある。充実していけば、いつか構成要件的結果の認識に到達するかもしれない。この場合、連想の起点は、“小さな徴候”にすぎない。しかし、この小さな契機を膨らましていく過程が、技能として定型化している仕事もある。医師による臨床推論過程(診断)は、そのような仕事と言える。問診を契機として、身体診察、血液検査、画像検査等を経るにつれて、患者が特定の疾患を持つ確率は変化していく。このような、小さな確率を変化させていく技能を、医師は有している⁽²⁾。

情報収集義務は、予見資料を充実させていく義務と捉えることもできる。これは、予見資料をふくらませて充実させることもできたということを前提とする。このようなステップを経由すれば、その充実した予見資料からは具体的な構成要件的結果の予見が高度に可能であったと判断できるケースも存在するはずである。すなわち、かすかな危惧感と具体的結果予見とをつなぐものとして、情報収集義務を機能させることができる。

そこで、本稿では、診断過程を素材として、情報収集義務の機能について考察する。ただ、この義務は、肯定しても、否定しても、難題を抱えることになる。情報収集義務を否定すると、①「問診懈怠は、過失認定とは無縁である」という結論に至りかねない。かといって、肯定すると、②「検査懈怠は、ほとんどの場合、過失認定とは無縁になってしまうのではないか」という疑問を抱えてしまう。両方とも、無縁なはずがない。ただ、疾患をクモ膜下出血に限定すると、①で肯定しながら、②で難題をかわす方法がある。そ

の特殊性を述べたい（六節）。

そして、その後に、情報収集義務（問診義務）が、どんなときに発生するのかについて、述べる（七節）。単なる危惧感であっても、ふくらませていくことが可能なケースもあれば、ふくらませていくことが困難なケースもある。⁽³⁾⁽⁴⁾ 藤木英雄博士が念頭に置いた危惧感の中には、前者もある。

本稿では、疾患は1つに絞った。医師に近い頭の動作を共有していただくためである。法律概念は、「予見可能性」一つに絞る。既存の説明概念で対応することこそ、法律家に求められる頭の動作だと思うからである。

まずは、学説（二節）と裁判例（五節）とについて、概観する。ただし、民事裁判例の検討にあたっては、事実の把握が重要であると思えてならない。そこで、クモ膜下出血の病態について、詳述する（四節）。さらに、その前提として、なぜクモ膜下出血のみを取り上げるのかについても述べることにとする（三節）。

二 学説の検討／情報収集義務違反の効果

本稿は、単なる危惧感が、調査によって具体的予見へと発展する場合を取り上げるものである。このような場面との関連では、以下の4点が、主として問題となり得る。

I 《必要性》情報収集義務なしに、過失論を構築することは妥当か。

II 《連想の起点》どのような状況に至れば情報収集義務が生じるのか。

III 《連想の終点》調査により、どの程度の認識に到達し得た場合であれば、情報収集義務を課することができるのか。

IV 《違反の効果》情報収集義務違反のみで、過失犯は成立し得るか。

以上は、I 必要性の有無、II 課される時点、III 調査により至り得た認識、IV 体系的⁽⁵⁾位置づけと、言い換えることもできる。順に、検討する。

I については、明確に、反対する説はない。「過失構造論をどのように捉えるにせよ、情報収集義務という形態の義務の存在を否定することはできな

いであろう」。⁽⁶⁾

Ⅱについて、藤木博士は「危惧感」を抱いた時点で、情報収集義務を課し得る場面もあると指摘する。⁽⁷⁾「抽象的な危険が認識された時点」と言い換えることもできる。⁽⁸⁾これに対する批判はあり得ても、代案はないようである。⁽⁹⁾

Ⅲについては、「対応する故意犯の成立に必要な認識」が必要かどうかという形で問題となり得る。⁽¹⁰⁾これを肯定すれば、過失を“故意の可能性”と捉えることが可能となり、体系的思考を尊重できる。

しかし、「故意犯の成立に必要な認識がなければその行為の中止を期待できない」⁽¹¹⁾というわけでもない。そう考える立場からは、「直接の回避義務を動機づけうるだけの認識」⁽¹²⁾に至る可能性があれば十分であると主張されることになる。

Ⅳについては、情報収集義務違反だけで、過失犯処罰を基礎付けるかについて、争いがある。藤木博士は、一見これを肯定するような書き方を、⁽¹³⁾確かにしている。そして、三井教授は、「調査義務は、回避措置をとる前提として位置づけられるものである」⁽¹⁴⁾と批判する。すなわち、情報収集義務違反だけで、過失犯処罰には直結しないと批判する。

仮に、情報を収集していたとしても、十分な判断材料が揃わなかったであろうと考えられる場合には、予見可能性は否定されるべきであろう。そうだとすれば、情報収集義務違反は、過失犯処罰を直接基礎付けない。

〔小括〕

情報収集義務という形態の義務は、必要である。

その発生時点については、「危惧感」を抱いた時点という説が、存在する。認識の到達点については、「故意犯の成立に必要な認識」が必要かどうかという形で、争われている。

情報収集義務違反の効果は、「要件としての予見可能性」の肯定ではない。予見がどの程度可能であったかを判断するための資料（以下「予見資料」と

記す）に、見逃した情報が組み込まれることである。情報収集義務を懈怠すると、予見資料に、“義務を履行していれば得られた情報”が加算されることになる。例えば、問診を怠ると、問診により得られた内容が予見資料に組み込まれることになる。

三 クモ膜下出血だけを取り上げる理由

本稿は、情報収集義務に関して、既存の学説を検討することを意図するものである。そして、情報収集義務を肯定すると、事例処理に当たって、どのような困難が待ち受けているかを示そうと試みるものである。

本稿は、医事法に関する論文ではない。にもかかわらず、クモ膜下出血という特定の疾患だけを取り上げるのは、ビル火災事例との対比に適しているからである。

クモ膜下出血には、次に示すような3つの特徴がある。

①外来での頻度は、かなり低い。

②しかし、“見逃してはならない疾患”としてなら、あまりにもありふれている。「頭痛」と言われて、クモ膜下出血を頭の隅に置かない医師はいない。

③効果的な問診を行うと、十分な所見が得られることも珍しくない。特に、典型的経過を辿っている場合には、その公算は高い。

これらの特徴を法律論に投影すると、次のようになる。

客観的な発生頻度は低く、危険性は小さい（①）。そのため、医師は、低度の危険性しか認識しない。しかし、危惧感なら必ず抱く。しかも、因果経過については、極めて詳細に思い描くことができる（②）。そして、危惧感を契機として情報を収集すると、具体的予見に発展することもしばしばである（③）。

①②は、ビル火災事例と共通する特徴である。しかし、③は、ビル火災事例にはない特徴である。特徴③のために、単なる危惧感であっても、事

基礎を伴った予兆として機能し得る。

③の過程は、典型的経過を辿る患者の場合は、次のようになる。“（１）頭痛の訴え→（２）突然で激しい未経験の頭痛であることを聴取→（３）ＣＴ上出血所見→（４）緊急手術の必要性を認識”

上の過程は、“（１）抽象的危険の認識→（２）具体的危険の予兆の認識⁽¹⁵⁾→（３）具体的危険の認識→（４）具体的予見”と対応させることも可能である。本稿では、（１）の認識しかない場合でも、過失犯が成立する場合もあり得ることを主張するものである。（１）の認識とは、（２）の認識可能性である。（１）の認識とは、（３）の認識可能性の可能性である。（１）の認識とは、（４）の認識可能性の可能性の可能性である。すなわち、かような３重の可能性⁽¹⁶⁾が介在しても、なお、過失犯が成立する場合はあると考える。それぞれの可能性は、高度であり、鎖として緊密だからである。高度・緊密のゆえに、希釈の程度は比較的低い。

かように考えないと、鑑別疾患リストすら想起できない医師については、認識情報の希薄さゆえに、過失を否定することになりかねない。一方、鑑別疾患リストは想起できたものの、絞込みに失敗した場合、認識情報の豊富さゆえに、過失を肯定することにもなりかねない。⁽¹⁷⁾より知識を持ち、より行動したために、病態の複雑さに直面して、その難易度の高さゆえに、評価面で失敗した者を不利に扱うべきではない。

〔小括〕

■クモ膜下出血だけを取り上げるのは、ビル火災事例と好対照をなすからである。“クモ膜下出血かもしれない”という疑念は、次の行動を連鎖的に誘発し、連想を発展させる。そのような危惧感を、本稿では大きく取り上げたい。

■前節の問題点に対する結論を先に示すと、次のようになる。

I 問診義務を否定し得ない以上、情報収集義務は必要である。

- Ⅱ 連想の起点としては、原則として、頭痛の訴えで十分である。
- Ⅲ 連想の終点としては、各医師の立場に応じてなすべきこと（入院・搬送・手術）を動機付けるだけの認識が必要である。ただし、ⅡからⅢへの連想過程は、事実的基礎を伴う診断根拠によって、支えられていなければならない。
- Ⅳ 義務違反をすると、逃した情報が予見資料に組み入れられる。

クモ膜下出血を対象とすると、これら4点を比較的単純化して、説明することが可能になる。説明の便宜もまた、この疾患だけを取り上げる理由である。

■さらに、事実の重さと具体的妥当性にとり頼って、主張を展開していくことも、狙いとしている。criticalなのにcurableなクモ膜下出血は、その対象としてふさわしいのである。

四 クモ膜下出血の病態

民事裁判例の検討にあたっては、クモ膜下出血の病態を理解していると、大変楽になる。そこで、大変長くなるが、クモ膜下出血の病態を説明する。

1 解剖・生理

《脳脊髄液》 脳は、液体の中に浮かんでいる。水に浮かべられた豆腐のように、液体中に脳は浮かんでいる。この脳を浮かべる液体を「脳脊髄液」という。脳脊髄液は、通常では、透明である。赤くもなければ、黄色くもない。そして、たえず流れている。だから、脳の表面に何かが付着しても、それは脳脊髄液でゆっくり洗い流されてしまう。

《髄膜》 脳は、ピタッとラッピングされている。この直接脳をラッピングする膜を「軟膜」という。この軟膜で覆われた脳を浮かべるのが、先述した脳脊髄液である。脳脊髄液とそこに浮かぶ脳とは、さらに丸ごとラッピングされる。液体ごと脳をくるんでいるこの膜を「クモ膜」という。クモ膜は、さらに「硬膜」によってラッピングされる。硬膜は、骨（頭蓋骨）で覆われる。

もし、外側から丁寧に剥がしていくなら、脳まで辿り着くまでに、次のような手順を踏むことになる。頭蓋骨を取り除く。硬膜を剥がす。クモ膜を剥がす。軟膜を剥がす。そして、大脳の表面が現れる。

クモ膜と軟膜との間は、わりと隙間がある。この空間を「クモ膜下腔」という。脳脊髄液は、「クモ膜下腔」に存在している。クモ膜下腔には、血管が通っている。もし、この脳表面を通る血管が破けると、血液はクモ膜下腔に流れ出し、脳脊髄液と混ざり合うことになる。

軟膜とクモ膜と硬膜との3つを合わせて「髄膜」という。髄膜には、痛みを感知する部位(痛覚受容体)が豊富に存在する。髄膜に刺激を与えると、頭痛が生じる。脳の中には、痛覚受容体はない。だから、脳自体が痛みを感じることはない。脳に異変があると、脳を包む膜(髄膜)が刺激される。それを、人は頭痛として感じ取る。クモ膜腔に異物が混入すると、髄膜が刺激されて、“頭痛”を訴えることになる。

《髄膜刺激》健康な人では、脳脊髄液内に血液はない。それゆえ、血液は、脳脊髄液にとっては、“異物”である。異物が入ってくると、炎症反応や免疫反応が引き起こされて、髄膜が刺激される。髄膜が刺激されると、頭痛の他に嘔吐も生じる。

《脊髓》脳からは、神経コードの束が出ている。それらは、背骨の中を通っている。背骨の中を通る神経コードの束を「脊髓」という。すなわち、脳と脊髓とはつながっている。これら全体が、液体に浮かんでいる。それで、この液体は、“脳液”ではなく「脳脊髄液」と呼ばれる。脳脊髄液は、頭から背骨にかけて、たえず流れ循環している。したがって、脳脊髄液を採取したいときは、頭に管を差し込んでもよいし、背骨に管を差し込んでもよいことになる。ただ、神経コードを傷つけないので、神経コードが存在しない下の方(腰椎)に針を刺すことになっている。

《腰椎穿刺》もし、背骨に針状の細い管を刺せば、管の中を通って、脳脊髄液が漏れ出してくる。このような技術を「腰椎穿刺」という。腰椎穿刺とは、脳脊髄液を採取するための手技である。もし、得られた液体が、透明でなかったら、それは「異常」を意味する。

2 検査

《問診》

クモ膜下出血すると、髄膜が刺激される。それで、頭痛が生じる。それも、突然生じる（sudden onset）。典型例では、患者は発症時に何をしていたか、説明することができる。「縫い物をしていました」「7回表でした」「17時40分でした」というように、明確に言える。頭痛は、通常は激しい。雷鳴に打たれたようにいきなりピークがやってくる（thunderclap）。患者は、それをしばしば「人生最大の頭痛」⁽¹⁸⁾「金属バットで殴られたような頭痛」と表現する。典型的でない場合でも、「いつもとは違う頭痛ですか」と聞けば、「ハイ」という返事がたいてい返ってくる（pattern change）。

また、髄膜刺激症状として、頭痛直後に、嘔吐することもある。

《身体診察》

髄膜が刺激されると、神経の束と髄膜との擦れ合いがスムーズでなくなる。

- ①それで、首を曲げることが困難になる（項部硬直）。
- ②頸部を屈曲させたときに、神経コードが引きつれて、股関節や膝関節も屈曲してしまう（Brudzinski 徴候）。
- ③仰向けに寝た状態で、片足だけ、股関節を90度に曲げて、さらに膝関節を90度に曲げる。すなわち、膝から上の部分（大腿）はベッドと垂直に、膝から下の部分（下腿）はベッドと平行にする。この状態から、下腿を天井へ持ち上げて膝を伸ばすようにする。すると、大腿と下腿とのなす角度が135度位になったところで、痛みや抵抗を生じ、それ以上伸ばせなくなる（Kernig 徴候）⁽¹⁹⁾。

これらは、「神経コード伸展への抵抗」⁽²⁰⁾のためとして、一応説明できる。

《画像検査》

血液の中には、鉄を含むヘモグロビンが存在する。クモ膜下腔に出血すると、限られたスペースに高濃度にヘモグロビンが凝集する。それで、CTで撮影すると、高吸収域として映し出される。ただし、脳脊髄液で洗い流されてしまうので、全症例で必ず出血所見が得られるわけではない。また、読影には技術と経験とが必要である。脳神経外科医と放射線科医と内科医とでは、読影能力が異なる。脳神経外科医なら出血と判断できる画像でも、内科医が見るとしばしば正常と判断して、見逃してしまう。そのため、「脳神経外科への相談義務」が、裁判でしばしば問題となる。

《腰椎穿刺》

脳を浮かべる液体は、背骨の中にも流れ込んでいる。それで、背骨を刺せば(腰椎穿刺)、この液体を採取することができる。この脳脊髄液には、出血当初は赤血球が混入しているはずである(赤色)。出血から数日経つと、赤血球の膜が破れて、中身がでてくる(黄色)。この赤血球崩壊によって、黄色になっていることを「キサントクロミー」という。肉眼では、黄色なのか透明なのかよく分からないときでも、分光計を使えば、キサントクロミーを確実に検出できる。

3 出血の原因

脳動脈瘤の破裂が、80%を占める。なお、脳動脈瘤が未破裂でも、拡張すると、部位によっては、周囲を圧迫して頭痛を生じることがある。この場合は、CTでも、腰椎穿刺をしても、出血所見を得られない。民事裁判例の中には、未破裂の場合と破裂の場合とに分けて考察している、周到なものも見られる。⁽²¹⁾

4 治療

通常は、開頭して、破裂した動脈瘤にクリップをかける。このクリッピング術により、再度の出血を防止できる。この手術は、脳神経外科で行われる。しかし、多くの患者は、まず内科や救急を受診する。それで、クモ膜下出血(Subarachnoid Hemorrhage: SAH)を疑った場合には、脳神経外科医への速やかな相談・紹介・搬送が求められることになる。

「いずれにせよ、SAHに対する治療というのはその状況を良くするというよりもそれ以上悪化させないことが主体となるため、臨床像が軽微な段階で発見し対処することが何よりも重要である」⁽²²⁾。

このため、過失をどの時点で認めるかにより、因果関係(救命可能性・民事では起因力)の判断が変化することになる。予見が困難な状況(事実としての予見可能性が低い状況)で過失を認めるほど、因果関係は、肯定されやすくなる。

5 診断失敗のパターン

診断過程の各段階で、判断を誤りへと導く落とし穴が潜んでいる。

《問診》

■頭痛は、激しくないときもある。

■また、発熱を伴うと、髄膜炎を疑ってしまう。

嘔吐を伴うと、胃腸炎を疑ってしまう。

■さらに普段から、頭痛持ちであると、いつもの片頭痛だと判断してしまう。

《身体診察》

■クモ膜下出血の全例に、髄膜刺激症状が現れるわけではない。⁽²³⁾ クモ膜下出血でなくても、髄膜刺激症状が現れることもある。⁽²⁴⁾

髄膜刺激症状が現れるまでには、時間がかかる。

しかも、“徴候があると言えはるし、ないと言えはる”という微妙な場合（「土」と記載される）も珍しくない。

《画像診断》

■数日経つと、血液は、脳脊髄液灌流で洗い流されてしまう。

このため、時間経過と共に、見逃しが多くなる。

■脳外科以外の医師は、たいてい、小さな出血所見を見逃してしまう。

■その後に施行したMRA検査で、出血候補を2箇所見つけることもある。このため、どちらから出血したのか、分からなくなる。

■“急性出血に対しては、CTの方が、優れている”と十分知っているのに、MRI検査・MRA検査で済ましてしま⁽²⁵⁾う。

《腰椎穿刺》

■稀とはいえ、腰椎穿刺検査は、患者の生命を奪う。

その怖さを知る医師は、どうしても、ためらってしまう。

必要だと分かっているのに、回避する方法を考えてしまう。

■血管を刺さないで、背骨に針を刺すことは難しい。

手技に自信がないと、「血液は、脳を浮かべる液体に溶けていたものではなく、うっかり刺した静脈から出てきたものかもしれない」と不安になる（「traumatic tapではないか」と不安になる）。

■穿刺による刺激で、再度クモ膜下出血を起こすかもしれない。⁽²⁶⁾

これらの各失敗パターンに、ほぼ対応して、民事裁判例が存在する。それらを次節で検討したい。

五 民事裁判例の検討

刑事裁判例を見つけることはできなかった。そこで、民事判例について、検討する。交通事故やケンカが絡むものは、問診内容が複雑になるので除外した。また、CT普及以降の裁判例に限った。⁽²⁷⁾さらに、診断過程にエラーのある裁判例に限った。手技上のミスを伴う裁判例は、除外した。それでも、10例存在する。

1 過失否定事例

請求が棄却された裁判例は、3つある。⁽²⁸⁾どれも、「激しい」頭痛という訴えが患者からはなされていない。もちろん、これは、医師の側から、「どのくらい痛みますか?」と尋ねなくてもよいということを意味しない。

I 「頭のふらつき」と患者が訴えた事例では、医師は脳血管障害を疑い、脳血管撮影を行っている(異常なし)。その上で、「クモ膜下出血は否定的」という判断もしている。裁判所は、「問診・診断義務違反はなかった」と判断している。

II 「左後頭部痛」を訴えた事例では、脳神経外科医は、問診をした後、「急性発症とはいえない」と判断しクモ膜下出血を強く疑わなかった。裁判所は、「頭痛の発生時期、部位、性質、種類等について具体的に聴取し、さらに…付随状況についても具体的に聴取している」と認定した上で、問診は不十分ではないと判断した。

III 「後頭部およびその周辺疼痛」「今年雪仕事が多かった」と訴えた事例では、体温が37℃であることもあいまって、医師は①感冒②動脈硬化③筋肉疲労を疑った。1984年発症の事件だったので、裁判所は「本件当時において、突発する激しい頭痛を訴えていない患者に対し、高齢であるとの理由から、くも膜下出血や脳内出血を疑って、常にCT検査や腰椎穿刺などを行う慣習はなかった」と述べている。

3つとも、医師は、問診自体は詳しく行っているのである。次の2つのどちらかを充たしている。

○クモ膜下出血に関する問診をしても、典型的症状を訴えなかった（Ⅱ）。

○クモ膜下出血よりも可能性の高い疾患について、問診をしている（Ⅰ・Ⅲ）。

なお、3例の中には、典型的経過を辿っているのに、医師に言いそびれてしまったものも2例ある。⁽²⁹⁾ 自分の病状を正しく漏れなく伝える能力は、とても大切である。しかし、それ以上に、軽い診断結果が欲しいという当然の心理を抑えることは、もっと大切であるように伺える。

2 CT不施行（過失肯定）

賠償が認められた裁判例7つのうち6つでは、「激しい頭痛」「割れるように痛い」という訴えがなされている。

問診でクモ膜下出血を強くは疑わず、その時点ではCT検査を施行しなかった裁判例が3つある。

■下痢を伴っていたために、急性腸炎を疑った事例では、内科医は緊急にはCTを施行しなかった（7日後施行）。裁判所は、それでも「頭痛のみが執拗に残存していた」のだから、遅くとも翌日にはCT検査を実施すべきであったとして、賠償を肯定した。⁽³⁰⁾

■飲酒・ジョギング後に頭痛に見舞われた発症した事例では、医師はクモ膜下出血を疑いながらも、突発的でないこと等を理由に否定した。裁判所は、突発的でないと言い切れず問診が不十分であるとして、賠償を肯定した。⁽³¹⁾

■「左眼窩部に針で刺すような痛み」「歯磨き中に激しい頭痛」を患者が訴えた事例では、⁽³²⁾ 脳神経外科医は末破裂動脈瘤を疑ったが、破裂したとまでは考えなかったようである。そのかわりに、「トローザハント」と

いう珍しい疾患を疑い、患者を帰宅させてしまった。裁判所は、発症から5日が経過していたことを理由に、CT検査の義務は否定した。とはいえ、腰椎穿刺を注意義務として、過失を肯定した。

3 CT施行(過失肯定)

その場で、すぐにCT検査を施行しても、読影に失敗すると、過失を認定される。

■「割れるように痛い」「今まで経験したことのないような痛み」を訴えた⁽³³⁾事例では、3人の医師がCT読影に失敗している。まず、当直研修医がCTを施行したが、異常を検出できなかった。この研修医は、賢明にも、放射線科にCT読影を依頼している⁽³⁴⁾。翌日、内科医が同じCT画像を読んだが、異常を見出せなかった。この内科医も、賢明で、神経内科医に引き継いでもらうことにした。そして、神経内科医は、同じ画像について正常とも異常とも言い難いと判断した。翌日、再出血が生じて、患者は落命した。

裁判所は、3人ともに、脳神経外科に読影依頼をすべきであったとして、3人全員に過失を肯定している。

■「激しい頭痛と発熱」が付添い人から、訴えられた⁽³⁵⁾事例では、医師はCTを施行(1979年)したが、体動のため画像が不鮮明になってしまった⁽³⁶⁾。それで、医師は“髄膜炎6、クモ膜下出血4”と考えたものの、それ以上の措置は採らなかった。裁判所は、腰椎穿刺、再度のCT、脳外科への紹介のどれかをなすべきであったとして、過失を肯定している。

4 検査完全施行(過失肯定)

なすべき検査はすべて施行していても、検査結果の解釈を誤ることは往々にしてある。義務の履行は、次の義務を生む。そして、後になるほど、義務はより高度になっていく。状況が、より複雑になっているからである。

■「両側眼窩を中心とした拍動性頭痛」「発熱」を患者が訴えた事例⁽³⁷⁾で、糖尿病専門内科医は髄膜炎を疑い、来院時に、腰椎検査を施行した。正しく「肉眼的に血性」と判断したのに、静脈を刺したためと勘違いして、クモ膜下出血とは強く考えなかった。この日CTも施行している。⁽³⁸⁾2日後、今度は神経内科医が再度腰椎穿刺を施行した。「肉眼的にキサントクロミー」と判断したのに、2日前の「出血の影響が残っていたことによる」とコジツケ解釈をしてしまった。また、2度目のCT検査を施行して、1回目の画像と比較して見たが、異常所見を得ることができなかった。⁽³⁹⁾しばらくして退院。3週間後に再出血。緊急手術をしたが、入浴要介助の障害が残った。裁判所は、2度目の腰椎穿刺でキサントクロミーが出た時点を捉えて、過失を肯定している。

■「突然激しい頭痛、立ちくらみ」で搬送された事例⁽⁴⁰⁾では、医師は、CT・脳血管撮影を施行して、クモ膜下出血の診断には成功した。しかし、出血部位の候補を、右と左とに2つ発見してしまった。そして、出血部位は右内頸動脈であると誤り、手術を見送ることにした。

23日後に、3度目のCTを撮ったところ、淡い高吸収域を左側に見つけた。しかし、なお手術はしなかった。翌日、患者は病院内の便所で倒れた。

裁判所は、来院時点で手術を見送ったことについては、過失を否定している。しかし、23日後の時点では、3度目のCT所見から、左前大脳動脈の「破裂による出血である蓋然性が高いとの判断に立ち、それを前提とする処置を行うべきであった」⁽⁴¹⁾として、過失を肯定している。

〔小括〕

■以下の場合には、問診義務違反は否定されている。

- ①患者が「頭痛」を主として訴えている場合、詳しい問診をしても典型的所見の得られないとき。

②患者が、「頭痛」を訴えていない場合、③頭痛以外にも付加的な訴えをしている場合、より可能性の高い疾患について詳しい問診をしているとき。

■とはいえ、他の疾患を疑うような所見が得られた場合でも、クモ膜下出血を“否定し切れていない”という理由で、過失が肯定されている裁判例もある。

■検査を完全に施行していても、検査結果の解釈を誤ることがある。その場合でも、脳神経外科に依頼すればよかったという理由で、過失が肯定され得る。

■では、脳神経外科医自身が、困難な場面に直面したときは、どうか。

その後、脳神経外科医が、丁寧に経過を観察し、誠実に検査を積み重ねていると、資料が揃ったところを捉えて問責され得る。すなわち、資料が揃った時点で、判断を変更すべきであったとして、過失を肯定されることもある。

六 症例検討

1 予見可能性≠想起可能性(連想の過程・終点)

【症例1】 77歳女性A 裁縫中に、頭痛に見舞われる。一晚寝たところ頭痛は消えた。しかし、何となく不安になったので、来院した。

医師X「痛みは急に始まりました？」

A「いえ、そんなではないです。」

医師X「今まで経験したことのないようなタイプの痛みですか？」

A「そういう感じでもないです。」

医師Xは、「何かあったらすぐに来てください。」と述べて、Aを帰宅させた。

●翌日、Aは自宅で突然意識を失い、救急車で搬送。

脳神経外科医Yは緊急CTを施行して、クモ膜下出血の診断を得る。

緊急で、クリッピング手術をしたものの、障害が残った。

この症例では、クモ膜下出血の典型症状が全く現れていない。医師Xは、問診義務を履行している。それでも、医師Xに、クモ膜下出血を疑ってCT検査を施行するよう、期待することは酷である。しかし、それは“頭痛のみでクモ膜下出血を疑うことが困難だから”ではない。Xは、「頭痛」と聞いたときに、一応クモ膜下出血を念頭に置いている。だからこそ、sudden onset, pattern change に関する質問ができたのである。

医師は、症状ごとに、“見逃してはならない疾患”を記憶している。頻度は低いが見逃すと生命にかかわるような疾患を記憶している。

「頭痛」と聞いたら、とりあえず“髄膜炎、クモ膜下出血、急性緑内障発作…”と思ひ浮かぶように訓練されている。果たして、この想起容易性ゆえに、予見可能性を肯定してよいものだろうか。

医師の疾患想起には、まだ十分な事実的基盤が備わっていない。単なる論理的可能性にすぎず、空想やストーリーと何ら変わるところはない⁽⁴²⁾。それゆえ、これだけで「要件としての予見可能性」が充足されるとは、到底思えない。単なる疾患想起は、患者の現実的病態を反映していない。単なる疾患想起だけで、開頭手術をすることはできない。単なる想起では、通常複数の疾患が想起されるので、侵襲がない治療であっても、すぐにそれらすべてを開始することはできない。想起だけでは、絞込みが足りない。クモ膜下出血においては、診断根拠がある程度揃って、はじめて脳神経外科医へ紹介することができるようになる。紹介後は、手術は有効である（手術適応あり）と言えるだけの根拠が揃って、はじめて開頭手術に踏み切れる。

そうだとすれば、「要件としての予見可能性」には、“クモ膜下出血の診断根拠を揃えることができた可能性”を必要とするという理解に至る。この可能性があれば、同時に、致傷結果に関する予見可能性も存在するであろう。

事実的基礎のない想起だけでは、要件としての予見可能性を基礎づけ得な

⁽⁴³⁾ い。予見を支えるだけの事実に資料に接する機会が認められて初めて、要件としての予見可能性は肯定される。

〔小括〕

診断過程において、「要件としての予見可能性」とは、“診断根拠という事実的基礎を得た上で、致傷結果を連想できた可能性”である。単なる疾患想起では、足りない。

このことは、それほど奇異な結論ではない。通常、運転手が車庫で“今日は事故を起こすかもしれない”と思っただけでは、予見可能性はないと解釈されている。運転手は、公道に出て「歩行者や車」に囲まれて、はじめて事実的基礎を伴った連想が可能となる。交通分野でも、「歩行者や車」を“事実的基礎”と意識的に把握すれば、診断過程の場合と齟齬はない。単なる不安が過失を基礎付けないのは、確率が低いからではなく、事実的基礎を欠くからである。⁽⁴⁴⁾

2 予見対象の内容(Ⅲ連想の終点)

⁽⁴⁵⁾ 【症例2】 69歳女性A 突然激しい頭痛に見舞われ、朝、救急車で搬送される。

脳神経外科医Xは、脳血管撮影とCT検査を施行した。

脳血管撮影の結果、2つの動脈瘤が見つかった。左前大脳動脈に①嚢状脳動脈瘤(風船のように膨らんだタイプ)が認められた。右内頸動脈には、②解離性脳動脈瘤(血管壁を裏打ちする部分が裂けて剥がれてしまったタイプ)が認められた。これだけでは、どちらが破裂して出血したのか、判断できない。そこで、CT画像と併せ読むことにした。

CT画像では、右にも左にも出血が認められた。ただ、左右差があり右側の方がより強かった。また、出血している部位のパターンは、左前大脳動脈から出血した場合の典型的パターンとは、異なっていた。

それで、医師 X は、“出血部位は、②右内頸動脈解離性脳動脈瘤である”と判断した。

解離性の動脈瘤に対しては、クリッピング術は適していない。また、自然に治癒することもある。それで、X は、“開頭手術を今は行うべきではない”と判断した。

- その後、A は、入院25日目にトイレで倒れた。すぐにCT検査を施行したところ、“出血部位は、①左前大脳動脈囊状脳動脈瘤である”と判明したので、すぐにクリッピング術を行った。しかし、A には障害が残った。

この症例では、X は、クモ膜下出血であることを十分な診断根拠により認識している。だからと言って、故意犯を成立させる論者はいまい。X にとっては、適切な回避手段が何かを知る術がないのである。X は、クリッピング手術の技能を有している。しかし、“手術は適切ではない”と考えたのである。これは、認識面の不能であって、行動面の不能ではない。それゆえ、作為可能性や結果回避可能性の問題というよりは、予見可能性の問題である。

伝統的に素直に考えると、予見の対象は、①「傷害結果」である。しかし、それだけでは足りないであろう。②「生命にかかわる疾患である」③「クモ膜下出血である」だけでも足りない。④「出血部位」を認識することも、可能でなければならない。

予見の対象には、「有効適切な回避手段の選択」も含まれる。このことは、不作為犯一般にあてはまる。例えば、溺れている実子を親が救助する場合、“飛び込んだ方がよいのか、浮き輪を投げた方がよいのか”の判断は、親にとって可能でなければならない。それも、高度に可能でなければならないと思われる。浮き輪を投げれば救助できていたという場合に、飛び込んで間に合わなかったからといって、簡単に過失犯を成立させるべきではない。咄嗟の判断は誤り易い。そのすべてを過失とするわけにはいかない。回避手段の選択に関しては、高度に発見可能だった場合に限って、過失を認めるべきで

ある。

「有効適切な回避手段の選択」の内容は、行為者に求められる回避措置との関係で、変化する。脳神経外科医であれば、①②③④のすべてについて、認識可能でなければならない。しかし、内科医の場合は、①②③について認識可能であればよい。内科医に求められる措置は、脳神経外科医への紹介・搬送だからである。論理的には、①②だけでよいとされる立場の当直医師もいるかもしれない。プライマリ・ケア（初期診療）を担当する場合は、特に、そう言えるかもしれない。しかし、それでも、疾患候補が数個に絞られている必要はあるように思われる。安易に入院を指示することは、できないからである。

〔小括〕

予見の対象としては、「結果を回避するために有効な手段」も、含まれる。どうすればよいかが分からない限り、回避行動は起こせないからである。

そして、その内容は、立場上求められている措置に応じて、変化する。予見対象の内容は、結果回避措置と関連している。要求される回避措置が最終的・根絶的であるほど、細部に関する具体的な認識可能性が必要となる。止血するために必要なのは、出血所見ではなく、出血部位の特定である。

3 予見資料の構築（I 義務の必要性）

①事実的基礎のある資料に基づいて、②有効適切な回避手段を③合理的に推論できない限りは、「要件としての予見可能性」は肯定されない。①②③は、「要件としての予見可能性」にとって、必要条件である。③は、予見の難易についての問題である。②は、予見の対象の問題である。①は、予見資料の問題である。そして、③推論が合理的になるかどうかは、①予見資料の内実と深くかかわっている。では、この予見資料は、どのように構築すべきであろうか。

【症例3】 51歳男性A 自動車運転中に、突然激しい頭痛に見舞われる。家族に、「このままでは事故を起こすから帰る」と伝え、引き返す。帰宅後、吐き気を覚える間もなく、何度も嘔吐を繰り返す。

●翌日、甲病院内科受診。

Aは「昨日より、頭痛がします」と訴えた。

医師Xは、普段からAが頭痛持ちであったので、安易にいつもの発作と考えた。片頭痛の薬を出して帰宅させた。

●発症6日目に、Aは自宅で突然意識を失い、救急車で搬送。

脳神経外科医Yは、CTを施行して、クモ膜下出血の診断を得る。緊急で、クリッピング手術をしたものの、障害が残った。

この症例で、もし、Xが以下のような質問をしていれば、Aはすべての問いに対して支持的な返事をしていただろう。

X「いつものと同じタイプの痛みですか？ それとも、かつて経験したことのないような種類の痛みですか？」

A「こんな痛みは、生まれてはじめてです。」(unexperienced)

X「頭痛は、バットで殴られたように激しいものでしたか？」

A「いきなり激しい痛みを感じました。少しずつ痛くなるようなものではありませんでした。」(severe) (thunderclap)

X「頭痛が始まったときに何をしていたか、覚えていますか？」

A「車を運転していました。16:05でした。」(sudden onset)

X「吐きましたか？」

A「何度も吐きました。吐くものがなくなっても、まだ吐こうとしました。」(vomiting)

上のような問答が、おそらくなされたであろう。

これだけの情報が揃えば、クモ膜下出血の典型的経過と分かる。発症してから24時間以内なので、CT上高吸収域が見つかる可能性は高い。仮に見つからなくても、典型的経過ゆえに疑いを捨てずに、Xは脳神経外科医を呼んだに違いない。そうすれば、軽症なうちに手術することになるので、極めて良好なアウトカムが得られたはずである。

この【症例3】では、Xの実行行為は、おそらく“来院時に、Aを脳神経外科に搬送しなかったこと”という不作為に求められるであろう。この実行行為時に精神を緊張させていたら、Xはどんな事情を認識できたであろうか。すなわち、「事実としての予見可能性」を判断するための資料（予見資料）は、どのように構築されるのであろうか。

単に①「頭痛」だけを資料とすると、クモ膜下出血を疑う動機としては、やや弱い。特に、片頭痛の既往歴がある場合は、かなり弱くなる。一方、②「頭痛、新しいタイプ、突然発症、激しい、いきなりピーク、頻回嘔吐」を資料とすると、クモ膜下出血を疑うことは極めて容易である。医師によっては、CT撮影の時間を惜しんで、脳神経外科に向かわせるだろう。

このように、問診していれば得られた公算の高い情報（聞き逃した情報）は、予見資料に組み入れるべきであろうか。入れるとすれば、予見可能性を肯定しやすい。

①「頭痛」のみでは、診断根拠としては極めて不十分なので、「要件としての予見可能性」は充足されない。一方、②「頭痛、新しいタイプ、突然発症、激しい、いきなりピーク、頻回嘔吐」を資料とするなら、これらは診断根拠になりえる。しかし、確定診断には、未だ至っていない。ましてや、開頭手術に踏み切るには足りない。従って、②でも、「要件としての予見可能性」が充足されているか否かは、判断が分かれることになる。さらに、③「CT撮影で得られる出血所見」も加えれば、十分に「要件としての予見可能性」は充足される。これだけ揃えば、脳神経外科へ、躊躇なく搬送できる。

診断根拠をどこまで揃えることができたかを問うためには、問診や身体診察、それらを基にしてオーダーされる検査の所見も、（事実としての）予見資料に組み込むべきである。診断根拠は、リレー式・階段状・段階的に出揃っていくのが通常だからである。診断場面において、「要件としての予見可能性」とは、“小さな徴候を診断根拠へと発展させていくことができたか”という、息の長い到達可能性と関連する。従って、予見資料に、実行行為前の経緯を組み込むことは、それほど不当ではないと考えられる。

予見資料には、問診していれば得られた公算の高い情報（聞き逃した情報）も、組み入れるべきである。もし、これを否定するなら、以下の3点で、アンバランスを生じてしまうからである。

- （１）問診義務を履行しない医師の方が、予見可能性を否定されやすくなる。あるいは、問診義務を履行すると、かえって予見可能性が肯定され易くなる。
- （２）“行動を起こさない限り認識できないものは、予見資料に組み入れない”という立場を採ると、視診・触診でも奇妙な結論に至る。例えば、膝の炎症が直接見えるかどうかで、予見資料になったりならなかったりすることになる。すなわち、半ズボンの患者なら、膝の炎症は直接認識できたから、予見資料になる。長ズボンの患者なら、「捲り上げて下さい」と言わない限り見えないから予見資料にならない。これは、奇妙である。⁽⁴⁶⁾

認識できたという点では、“視線を送ること”も“問うこと”も、大きな差異はない。気づくことができたという点では、“忘れずにいる”ことも、“忘れずに聞き出すこと”も、大した差はない。それほどの差異がない事情は、同じように予見資料に組み込むべきである。

- （３）“顕在化していた状況だけが予見資料になり得る”という考え方は、診断推論という仕事と合わない。状況を動かし、確率を変動させていくことこそ、診断過程の醍醐味である。この最も大切な技量が、過失

認定とは、無縁であると考えるべきではない。

〔小括〕

予見資料には、問診をしていれば得られた資料も、繰り入れるべきである。(2) 認識しえた事情と言えし、(3) 診断技術を過失認定と無縁とすべきではないからである。さらに、(1) 問診を怠った者を有利に取り扱うべきではないという政策的理由も、加味される。

4 予見を妨げる事情の扱い(IV違反の効果)

情報収集義務を果たすと、目当てとする情報の他に、余計な情報も手に入ってしまうことがある。むしろ、余分な情報も手に入ることの方が、通常かもしれない。本当に義務を履行すると、大概より困難な状況に追い込まれてしまうものである。義務を履行するにつれて、人智を超えたものがより目立つようになるからである。

【症例4】 28歳男性A 頭痛と関節痛とを自覚した。体温を測ると、37.8℃であった。解熱薬を飲んで、就寝した。何となく首にこわばりを感じた。

●翌日、頭痛が治まらないので、甲病院内科受診。体温36.8℃。Aは「昨日より、頭痛がします。何度も吐きました」と訴えた。医師Xは、普段からAが頭痛持ちであったので、安易にいつもの発作と考えた。片頭痛の薬を出して帰宅させた。

●発症28日目に、Aは自宅で突然意識を失い、救急車で搬送。脳神経外科医Yは、CTを施行して、クモ膜下出血の診断を得る。緊急で、クリッピング手術をしたものの、入浴要介助の障害が残った。

この【症例4】では、丁寧な問診を行っていれば、「発熱」という情報も

得られたはずである。身体診察を行えば、「項部硬直」の所見も得られたかもしれない。

「発熱・頭痛・項部硬直」と揃えば、これは髄膜炎を示唆する。もちろん、クモ膜下出血の疑いも残る。しかし、Aの若さを考慮すると、クモ膜下出血よりも髄膜炎の方が、強く疑われる。この状況で、クモ膜下出血の診断に至るのは困難である。まず、第一に髄膜炎を疑うこと自体は、適切である。そうなれば、細菌・ウイルスを特定する目的で腰椎穿刺を施行することになる。⁽⁴⁷⁾

そして、予期に反して、脳脊髄液に血液が混ざっていれば、そのときはじめて、クモ膜下出血の診断に到達し得る。少なくとも、診断が遅れることは致し方のないことである。

予見資料には、問診によって得られる情報の“すべて”を組み込むべきである。予見を妨げる事情（予見障害事情）を除外することは、妥当でない。予見資料は、予見対象に認識上到達し得たかどうかを問うためのものである。仮定的ではあっても、事実的な判断を補助するためのものである。従って、規範的に構成すべきではない。予見を促進する事情も、予見を妨げる事情も、⁽⁴⁸⁾ 区別することなく予見資料に組み込むべきである。

〔小括〕

予見障害事由も、予見資料に組み込むべきである。

予見資料は、事実的判断の基礎を提供するためのものだからである。

5 不確定事情の扱い

情報収集義務を履行した場合、果たして、どんな情報が手に入るかは、必ずしも明らかではない。有用な情報が手に入るかもしれないし、手に入らないかもしれない。99%の確率で有用な情報が手に入るかもしれない場合、そのような情報は、どう扱えばよいのだろうか。絶対手に入ったと言い切れない

い以上は、情報収集義務自体否定されてしまうのか。100%であると断言できないというだけで、予見資料から除外されてしまうのか。

【症例5】 51歳男性A 自動車運転中に、突然激しい頭痛に見舞われる。家族に、「このままでは事故を起こすから帰る」と伝え、引き返す。帰宅後、吐き気を覚える間もなく、何度も嘔吐を繰り返す。Aは、病院嫌いだ。家族の説得に応じないまま、自宅で苦悶した。しかし、5日目の朝になって、「山本さんの見舞いに行こう」と言ってくれたので、家族は喜んで、甲病院に急行した。

Aが山本氏を見舞う隙に、妻は整理券を取っておいた。Aが病棟から戻って来たときに、ちょうど順番になった。

- Aは怒り妻を叩きながらも、甲病院内科受診。医師Xは、“よほど痛いのだな。念のための検査よりも、現実の痛みをとってあげる方を優先しよう。”という気持ちになった。

A「5日前より、少し頭がふらついて、面目ない。」

家族「激しい頭痛でずっと横になっておりました。吐くものがなくなっても、まだ吐こうとしていました。」

A「何でもありません。こいつは大げさなんです。」

医師Xは、MRA検査を施行したが、異常所見は発見できなかった。

医師Xは、普段からAが頭痛持ちであったので、安易にいつもの発作と考えた。片頭痛の薬を出して帰宅させた。

- 発症6日目に、Aは自宅で突然意識を失い、救急車で搬送。

脳神経外科医Yは、CTを施行して、クモ膜下出血の診断を得る。緊急で、クリッピング手術をしたものの、障害が残った。

(一) 検査特性

この【症例5】の発症経過は、【症例3】とそっくりである。しかし、患

者Aの行動が全く違う。発症してから、5日もたってから、受診している。クモ膜下出血を起こしてから5日たつと、CT検査を施行しても、出血所見が現れないこともある。5日経過後におけるCT検査の感度は、85%である。⁽⁴⁹⁾ 専門家が見ても、15%は、「正常」と区別が付かない。出血所見が消えるのは、血液が洗い流されてしまうためであろうと説明されている。脳脊髄液は、絶えず循環して流れている。5日もたてば、微量の血液が洗い流されていても、不思議ではない。⁽⁵⁰⁾

CT検査を施行しても、出血所見を得られないかもしれないのである。しかし、85%も捕捉できるなら、診断手段としては、十分に有用である。医師Xに、CT施行義務を課すことは不当ではない。ほとんどの検査では、偽陰性（患者は異常なのに、検査では正常という結果が出ること）が、つきものである。感度100%の検査は、ほとんどない。従って、“感度100%でない検査は、作為義務・注意義務として課すことはできない”というような潔癖な考え方は、採れない。潔癖な考え方を採ると、“ほとんどの検査懈怠は、作為義務違反にも、注意義務違反にも、ならない”ということになってしまう。では、予見資料としては、どのような内容を計上すればよいのだろうか。「出血所見」という、擬制的なものを組み込むのか。「85%の出血所見」という、曖昧なものを組み込むのか。「撮影していれば得られた所見」というように、不確定なまま組み込むのか。

まず、裁判例の立場を概観する（二）。そして、その後、不確定要素の理論的な深刻さについて述べる（三）。その上で、クモ膜下出血においては、診断手順の特殊性ゆえに、深刻さを回避できることを指摘する（四）。

（二）裁判例

発症から5日間経過した事例として、大阪地裁平成18年2月10日がある。この裁判例では、不確定性ゆえに、CT撮影を注意義務とはしていない。その代わり、腰椎穿刺を注意義務としている。

腰椎穿刺をした場合、発症から14日までなら、出血のサインを100%検出することができる。肉眼では、黄色か透明か判然としない場合もあるので、100%ではない。しかし、分光計を用いれば、黄色になっていることを100%検出できる。それゆえ、光学的装置で判定すれば、腰椎穿刺の感度は100%である。

この裁判例では、感度が100%ではないCT撮影による所見は、予見資料を構成していない。その代わり、感度100%である腰椎穿刺による所見(キサントクロミー)が、予見資料を構成することになる。

また、クモ膜下出血ではないが、検査の不確実性も問題となったものとして、割り箸事件がある。この事件では、ファイバースコープで、箸残片を視認できたかどうか、CTで穿孔を示す所見を得られたかが、問題となっている。

一審刑事判決⁽⁵¹⁾では、次のように場合分けをして、対応している。

- (1) ファイバースコープで、残片を視認できれば、疑いを強めた。
- (2) ファイバースコープで、視認できなくとも、疑いはなお残った。
- (3) どちらにしろ、脳神経外科医に相談することが、相当であった。

このように、回避措置との関係で、上手に対応している。ただ、これでは、ファイバースコープ施行の契機さえあれば、予見資料としては、十分ということになる。施行の結果得られる所見よりは、施行を動機付ける事情の方が、重要な根拠となってしまう。

また、CT所見については、死亡確認後に撮られたCT像との関係から、次のような微妙な判断をしている。

- (1) 空気は、映し出されたであろう。
- (2) 硬膜外血腫も、映し出されたかもしれない。
- (3) よって、診断は可能であった。

その上で、診断過程全体について、「一筋縄というわけにはいかない」が、終局的には、割り箸による穿破という「全貌」を解明できたとする。

「一筋縄というわけにはいかない」という表現からは、診断手順の分岐点が、イメージされる。各分岐点でどちらに行っても、どのような診断過程を辿ろうとも、最終的には確定診断に到達し得たと述べているように読める。割り箸事件一審刑事判決では、枝分かれに満ちた“診断手順を示すフローチャート”が、予見資料を構成しているように読める。

（三）確率の多義性

100%を要求することは、現実的でない。ただ、検査特性の場合、感度が100%でないことは、理論的にはやや深刻である。

確率は、多義的である。以下の3文では、同じ「85%」という数字であっても、その意味は全く異なる。

- ① “5日目に検査すれば、85%の症例で出血所見が得られる。”
- ② “これだけの所見が揃えば、85%の医師がクモ膜下出血を疑う。”
- ③ “この患者がクモ膜下出血を起こしている可能性は、85%である。”

①の「85%」は、検査特性であり、検査の有用性を表す指標である。②の「85%」は、予見の難易度を表している。③の「85%」は、診断根拠の充実度を反映している。また、①は予見資料に、②は予見可能性の程度に、③は予見の対象に、それぞれ関連している。

②だけは、100%でない理由を、人のせいにする。それゆえ、“精神を緊張させれば、疑えたはずだ”という言い方が可能となる。それに比べて、①は機械の特性であるから、行為者が精神を緊張させたところで、感度は変化しない。③も精査した結果なのであるから、さらに精神を緊張させたからといって、疾患を有する見込みは、これ以上は高まらない。⁽⁵²⁾

①③では、“100%でないこと”が、100%証明されているのである。“もしかしたら、100%かもしれない”という楽観は、全くできない。

仮に、【設例5】で、患者が非典型的症状を呈していたとする。そして、CT上、出血が確認できなければ、帰宅させてもやむをえない、要件として

の予見可能性は否定される、という場合であつたら、どうだろうか。

この場合、“予見不能15%、予見可能85%”となる。もし、出血所見を擬制的に予見資料に組み込んで、過失ありとすると、それは“15%の確率で確実に誤判となる”ことを意味する。医師にとっては、見逃しの頻度を意味する確率が、裁判官にとっては誤判の確実な可能性を意味することになってしまう。

かといって、予見可能性を否定するべきなのであろうか。弁護人が、「15%の確率で、出血所見は得られず、その場合は、別の疾患を疑うか、帰宅させるのが適切なのであるから、予見可能性は否定されるべきである」と主張してきたら、認めなければならないのか。

仮に感度が85%ではなく、感度99%の検査であった場合を考えると、到底首肯できない⁽⁵³⁾。しかし、首肯しないなら、「確実に1%誤判する」ことを許すことになる。この99%は、証明の程度を表さない。「1%の確率で予見不能であること」も、「99%の確率で予見可能であること」も、100%証明されている⁽⁵⁴⁾。99%は、証明対象の内容であつて、証明の程度ではない。

この困難は、過失犯に未遂犯処罰規定を設けても、解決しない。予見可能性がなければ、未遂犯すら成立しないからである。

(四) クモ膜下出血の診断手順

クモ膜下出血を疑った場合は、まずCT検査を行う。それでも、出血所見が得られない場合は、腰椎穿刺を行うことになる。これが、教科書的な手順である⁽⁵⁵⁾。

最後に控えている腰椎穿刺の感度は、100%である。それで、予見資料として、「腰椎穿刺だけ」を組み込んでも、「診断手順全体」を組み込んでも、誤判の問題は生じない。

ただ、別の疾患のことを考えると、これでよしとするわけにはいかない。感度100%の検査は、滅多にない。診断とは、確率を変動させていく推論過

程である。100％ではない決定力に欠ける所見を集めつつ、100％所見を得られるという保証はない検査をしながら、確率を変動させていくのである。確率から逃れられない仕事に対して、確率を拒絶した法律論を展開しても、成果は期待できない。

そして、「診断手順全体」において、どの診断過程を辿ろうとも、確定診断に至るということも、あまりない。具体的事例が集積されると、大概、どうにもならない場合のパターンが浮き彫りになるものである。割り箸事件で、「最終的には、…全貌が分かるものと思われる」と言えるのは、前代未聞の症例だからである。事例集積がないので、解明できない場面をパターン化できないのである。意外性に満ちた現実とまだ向き合っていないので、思考の箱庭で事足りるのである。

クモ膜下出血では、事例集積が豊富にある。そのため、やって見ないと気づかない盲点がかなりある。実は、腰椎穿刺が最後に控えている以上、必ず確定診断に至ったはずだ、とは言えないのである。

- (1) 脳圧が亢進しているときには、腰椎穿刺は禁忌である。眼底を覗いてうっ血乳頭が見られたときは、腰椎穿刺をしてはならない。脳の一部がはみ出して（脳ヘルニア）、即死する危険があるからである。従って、100％腰椎穿刺を施行できたとは、限らない。
- (2) 腰椎穿刺がうまくいくとは限らない。技術が足りないと、うまく針が入っていかない。
- (3) 腰椎穿刺がうまくいって、脳脊髄液を得たとしても、その解釈に迷う。血液が混入していたとしても、それが、脳脊髄液の中に存在していたものである保障はない。クモ膜下に針を刺す過程で、他の静脈を傷つけてしまい、その静脈から血液を拾ってしまったかもしれない（トラウマティック・タップ）。透明な脳脊髄液と、静脈からの赤血球とを混ぜてしまったかもしれない。手技に自信がないと、正しく採取⁽⁵⁶⁾していても、静脈を刺してしまったかもしれないと思いがちである。

そして、このトラウマティック・タップは、20%位の頻度で犯してしまうものなのである。

とはいえ、(1) に対しては、禁忌の場合でも、CTで脳圧はある程度推測できるときもある、と再反論できる。また、それなら、なおさら、脳神経外科に相談しやすかったはずだ、とも言い得る。

(2) に対しては、“行為者(医師)が精神を緊張させて試みれば、可能であった”と反論できるだろう。

(3) に対しては、“それでも、80%の場合は正しく採取しているのだから、クモ膜下出血を強く疑わせる所見である”と言い張れる。現実を知らない人なら、“精神を緊張させていれば、静脈叢を貫かなかったはずだ”というかもしれない。さらに、3つに分けて採取して、薄まらなければトラウマティック・タップではないと分かったはずだ、とも言える。⁽⁵⁷⁾ 遠心すれば、判別できた、とも言える。

それゆえ、「最終的には…全貌が分かる」となお言い張れるのである。

〔小括〕

腰椎穿刺という感度100%の検査のおかげで、クモ膜下出血については、不確定事情の深刻さと直面しないですむ。

問診懈怠があった場合、“もし、問診していれば、腰椎穿刺で出血所見を得ていたはずである”と認定できる。それゆえ、予見資料に「出血所見」を組み込むことができる。

七 情報収集義務の契機(Ⅱ連想の起点)

不確定事情の扱いは、理論面で深刻なだけである。実践面でもっと深刻なのは、“問診義務の発生根拠”“問診義務の内容程度”である。

患者が「激しい頭痛」を訴えてくれれば、「突然でしたか?」と尋ねることができる。せめて「頭痛」と話してくれれば、「程度は?」と尋ねること

もできる。しかし、「首の後ろが痛い」「後頭部やその周辺が痛む」「頭がふらつく」という表現では、別の疾患を考えてしまう。

それでも、「それは、頭が痛いということですか？」とか「頭痛も伴っていますか？」とか尋ねるべきである、という要求も可能ではある。ただ、それでは、診察時間は長くなり、待ち時間も長くなる。何より、患者の表現を医師が逐一そらして解釈することになるので、患者としてはかなり不快な思いをするはずである。

1 医師における頭の動作

患者が「頭痛」を訴えてきたとき、教科書的には、次のような疾患リストを思い浮かべることになっている。⁽⁵⁸⁾

【古い頭痛】 (1) 緊張型頭痛 片頭痛 群発頭痛

(2) 頸部関節変性疾患 カフェイン

【新しい頭痛】 (1) 良性咳嗽性頭痛 良性労作性頭痛 良性雷鳴頭痛

(2) 感染性（髄膜炎） 血管性（クモ膜下出血）

頭蓋内占拠性病変（硬膜下血腫） 内科的起床時頭痛

() 内は、見逃してはならない重大な疾患である。上のように整理している医師は、まず、「その痛みはいつものと同じタイプのものですか？全く別の経験したことのないタイプですか？」と聞くことになるだろう。ここで、「いつものです」という答えが返ってくると、【古い頭痛】の可能性が高くなり、重篤な疾患の可能性はかなり低くなる。

また、「痛み」を訴えたときには、次のような質問項目を想起することに、教科書的には、なっている。OPQRST とアルファベット順になっているので、何とか覚えられ⁽⁵⁹⁾る。

Onset 「いつから始まりましたか？」

Palliating factor 「痛みを軽くするものはありますか？」

Quality 「どのような感じの痛みですか？」

Related symptoms 「何か一緒に起こる症状はありますか？」

Severity 「人生最大の痛みを10として、どの位痛みますか？」

Time course 「痛みはどのくらい続いていますか？」

順に、「突然です」「特にありません」「バットで殴られたような痛みです」「嘔吐しました」「激しく痛みます。少なくとも8です」「まだ続いています。最初からピークという感じです」と返事が返ってくれば、クモ膜下出血を大変強く疑うことになる。

発熱を伴う症例で、髄膜炎も疑っている場合は、「首を振ると痛みは増強しますか」という質問をすることが推奨されている。ここで、「いいえ」であれば、髄膜炎である可能性はかなり低下する。

2 問診義務の発生

せめて「頭痛」の訴えは、必要である。「嘔吐」のみでは、無理である。⁽⁶⁰⁾
すなわち、関連症状の訴えでは足りない。

「激しい」と訴える必要は、あるだろうか。訴えなくても、医師はOPQ-RSTを実践すべきなのだから、Severityの質問で引っかかるはずである、と考えることもできる。しかし、それは形式的である。Severityを聞くだけの契機が必要である。新しい頭痛であったり、好発年齢である場合に認められることになろう。

3 問診の程度

問診はどこかで切り上げなければならない。どこで、切り上げるべきなのか。

「頭痛」患者すべてに、CT検査を施行することはできない。また、恐ろしい疾患は、クモ膜下出血だけではない。クモ膜下出血の否定に必要な以上の労力を投じて、細菌性髄膜炎の治療が遅れることは許されない。

質問により、非典型的な症状である場合は、そこで打ち切って帰宅させたと

しても、やむを得ないのではないか。OPQRST をすべて実践して、徴候を見出せなかったときにまで、「非典型的だからといって安心できない」というのでは、他のもっと可能性の高い疾患に気が回らなくなる。

〔小括〕

「頭痛」という主たる症状の訴えがない限り、クモ膜下出血に関する質問義務（問診義務）は生じない。

OPQRST は、必ずしも質問義務発生の根拠とはならない。しかし、実践するなら、質問義務履行の根拠とはなり得る。なお、過去に見たことがない疾患を疑うことは困難であり、非典型的経過を辿る患者の場合には、この点は大いに考慮すべきである。研修医が単独で当直をしている場合には、未経験疾患については、問診義務のレベルは、低くしてよいと思われる。

八 結 び

説明概念の節約という点で、旧過失論は優れていると思う。特に、過失犯は誰もが犯し得るのであるから、誰にでも分かるような簡明な説明の方がよい。

とはいえ、危惧感説にも、捨てがたい魅力を感じる。特に、提唱者である藤木英雄博士の“現実を観察しながら理論を作る”⁽⁶¹⁾という態度と併せて読むと、信頼を寄せざるを得ない。「危惧感説に不備を感じるのは、現実観察が足りないからではないか」という不安を覚えてしまう。

情報収集義務は、“小さな危惧感”と“充実した具体的予見”とをつなぐものとして機能し得る。特に、“小さな徴候を膨らませて、確定診断に到達する”という診断推論過程とは、よく整合すると考える。

情報収集義務違反は、予見資料に見逃した情報を組み込むという効果を持つ。こう説明することで、（事実としての）予見可能性を、充実させることができる。結果的に、危惧感説の狙いを一部満足させ得るとと思われる。ただ

し、本稿は、既知の危険を扱っている。それも、すでに存在する危険（疾患）を除去する行為（治療）が、問題となっている。

藤木博士が念頭に置いたのは、未知の危険を行為者自らが作り出す場合である。この場合は、危険の内容が分かっているなくても、除去できる。それに対して、診断の場合は、医師が作った危険ではないので、危険の内容が特定されない限り、除去できない。

本稿は、行為者が作り出したものではない既知の危険を問題とした。藤木博士が本気で説明しようとした事例は、全く説明していない。

本稿は、旧過失論を前提としても、危惧感説が意図する事例のごく一部を説明し得ると主張するものである。危惧感説の真意を汲み取ってはいない。危惧感説の真意は、社会的勢力を利用して、状況を複雑にできる人々への怒りである。複雑な状況の中に、個人的な欲求を滑り込ませることができる人々への憤りである。これらの人々に対して、社会的勢力を持たない人々は、単純な方法でしか抵抗できない。工場の廃液に対して、廃液口を塞げば、塞いだ方だけが、処罰される⁽⁶²⁾。

未知の危険を作り出せるのは、一握りの人である。未知の危険の中には、しばしば放恣な個性が見え隠れする。何が起こるか分からないと知りつつ未知の危険を作る者は、何か起きたときに責めを負うべきである。“未知”のリスクを、被害者の負担で解消するのは、公正ではない。この重要な問題に対して、本稿は何一つとして答えを示していない。

本稿が、もし、危惧感しかない事例を旧過失論で説明できたとすれば、それは、危惧感説の真髓を避けて通ったからである。

(1) 曾根威彦『刑法総論』〔第4版〕(2008・弘文堂)172頁。

(2) 野口善令＝福原俊一『誰も教えてくれなかった診断学 患者の言葉から診断仮説をどう作るか』(2008・医学書院)121頁。

「診断とは、『患者が疾患を持つ確率（可能性）が変化していくのをとらえること』

であることを体感できて、初めて有効な診断推論を身につけたといえる。」

- (3) 森永ヒ素ミルク事件は、抜き取り検査をしていれば、充実した判断資料を獲得できたケースである。確かに、調査への動機付けは乏しい。しかし、調査していれば、危惧感は具体的予見へと膨らんだはずである。

- (4) ホテル火災においては、調べれば調べるほど、低度の統計的確率しか認識できない。

- (5) 山本紘之「過失犯における情報収集義務について—危惧感説との関連を中心に—」法学新報112巻9=10号（2006）406～415頁。

本節は、上記論文に全面的に依拠している。4つの分析視角も、上記論文から拝借した。ただ、臨床推論に関する事例に沿うように、アレンジした。

- (6) 山本・前掲注（5）406頁。理由として、2つの具体例が引用されている。

「自動車運転者は車線に人がいるかを確かめる必要があり、医師は手術の際に患者の心臓の具合を調査する必要があることは否定できないからである。」

- (7) 藤木英雄『公害犯罪』（1975・東京大学出版会）

■サリドマイド事件（催奇形性を有する薬品の販売事故）について、82～83頁。

「…危惧感を打ち消すだけの危険防止義務を負うことは当然である。」「…製薬会社側には動物実験による安全確認を行わなかった意味において、過失を認めることは、容易である。」

■毒フグ事件について、95～97頁。

「検察官は、…水産会社としては、市場に出す前に当然毒性のテストをすべきであったのに、これを怠ったから過失があるというのである。」「裁判所は第一審、第二審とも、被告側の主張を認めて、被告人を無罪としたのである。」「この事件は、このような結論で確定したけれども、前に述べた森永判決のような、われわれの新しい過失理論で裁判をしたとすれば、おそらく有罪になったはずの事件である。」

■廃棄物処理について、130～132頁。

「…好ましくない結果が起こるという危惧感をもたれる行為をする以上は、それが無害であるということについての積極的な保障を前提としてはじめて許されてしかるべきものである。」「…プラントの設置…にあたっては、…安全性の確認なしに行なわれるものについては、具体的被害を予見できない場合でも予見可能性ありといえるのである。」

- (8) 山本・前掲注（5）407～408頁。

「情報収集義務は過大な要求をするものではなく、抽象的な危険しか認識されていない時点で情報収集義務を課したとしても、不都合はないと考えるべきであろう。」

(9) 山本・前掲注(5) 407頁。

「…行動の自由を不当に狭めるものであるという批判がありえよう。」

■そのうえで、エンギッシュの再反論が引用されている。

「…街路を横断する者は前をよく見る義務があるし、自動車を運転する者は車道を、機関車を運転する者は線路を注意して見なければならない。これらは他の特別なことまで要求するわけでもないし、注意をすることによって自分がやろうとしている他の活動が妨げられるわけでもない。…」(408頁)

(10) 山本・前掲注(5) 415頁3～11行目参照。松宮孝明「予見可能性と危惧感」『刑事過失論の研究』(2004・成文堂) 301～307頁参照。

(11) 山本・前掲注(5) 410頁。以下のような具体例が示されている。

■患者が心臓疾患の既往を示唆した場合、歯科医師としては、麻酔を躊躇する。ここで、もし、当該患者の病歴が焼失している場合には、医師はどれだけ調査しても、故意犯の成立に必要な認識には到達し得ない。それでも、「医師は、可能な限り心臓に負担のかからない抜歯の方法を採るべきと考えるべきではないだろうか。」(411頁)

(12) 山本・前掲注(5) 413頁(2006)。

山本紘之「過失犯における予見可能性の意義」大東法学第17巻第1号(2007) 297頁14行目～298頁3行目参照。

(13) 藤木英雄「第I編総論」藤木英雄編『過失犯—新旧過失論争—』(1975・学陽書房)

■33～34頁にわたる長い一文を読むと、次のような主張を抽出できる。

①「危険…を探知する義務」は、「結果回避義務」である。

②結果回避義務を「果たしたならば回避可能であった具体的な被害については、…過失の責任を問うことが合理的である」。

①②を併せると、「情報収集義務懈怠→過失責任」という図式を形成できる。

■とはいえ、547文字もある息の長い一文を分解して解釈すべきであろうか。それは、作り手の真意からは離れる読解態度である。31頁には、次のような一文がある。

「もし情報収集の結果、安全性に疑惑がもたれ、その時点において発売に踏み切るべきではないという判断に達することが可能であったにもかかわらず、発売

した結果有害な副作用を生じたという場合には、…やはり過失の責任は免れない、ということになるのである。」

この一文と併せ読むなら、「『情報収集の結果』、回避「判断に達することが可能であった」」という条件が黙示的に付いていると読むべきであろう。

■松宮孝明『刑事過失論の研究』（1989・成文堂）297頁は、藤木説の問題点を次のように指摘する。

「…情報収集措置によって行為者が『具体的予見』に到達できなかった場合に問題がある。」「…藤木理論では、それは不可能でも『控えめな行動』をとってれば結果は、幸運にも、生じなかったという場合、過失が肯定されるからである。」

(14) 三井誠「予見可能性」藤木英雄編『過失犯—新旧過失論争—』（1975・学陽書房）150頁。なお、178頁には、次のような明確な表現がある。

「…『調査しない』ことはこれ自体が過失行為ではない。注意の集中を怠っていたという過失『責任』を推認する資料となるにすぎない。

(15) 甲斐克則『責任原理と過失犯論』（2005・成文堂）124頁12～13行目参照。

■「具体的危険の予兆の認識」がない場合は、「認識なき過失」として不可罰となる、と主張する。

■問診上得られた典型的所見が、「具体的危険の予兆」に相当するかどうかは、定かではない。

(16) 甲斐・前掲注（15）151頁参照。

■具体的危険の認識可能性を要求して、「認識なき過失」の可罰性を肯定する見解に対して、以下のように批判する。

「しかし、そのような『認識可能性』を根拠にさらに『予見可能性』を判断するわけであるから、二重の可能性が介在せざるをえない。実質的責任原理の観点からは、この点に疑問が残る。」

■本稿は、二重どころか、三重の可能性であっても、個々の可能性が高度で緊密なら差し支えないと主張するものである。

(17) 佐伯仁志『制裁論』（2009・有斐閣）318頁参照。

「結果発生の危険を認識している場合、いわゆる認識のある過失の場合が重大な過失なのだという見解もあり得るが、技量が未熟で危険の認識さえできなかった場合や、きわめて初歩的なミスを行った場合と、認識のある過失の場合とを比較して、どちらの責任が重大であるのかは、議論の余地のあるところだと思われる。」

(18) ■スコット・スターン＝アダム・シーファー＝ダイアン・オールトカーム著『考

える技術臨床的思考を分析する』[竹本毅訳] (2007・日経BP社) 250頁。

「人生最悪の頭痛」と答えた患者の12%に、クモ膜下出血が見られるそうである。

■松村理司編著『診察エッセンシャルズ』(2004・日経メディカル開発) 113頁には、ティアニー先生のパール(臨床的格言)が寄せられている。

「最も大事な質問は、『人生最悪の頭痛ですか?』である。くも膜下出血では、50%で肯定される。」

■念のため、上記の数字は、互いに矛盾していない。

クモ膜下出血の診断/最悪頭痛を訴える患者全体=0.12

最悪頭痛の訴え/クモ膜下出血患者全体=0.50

(19) 筆者自身、この表現で理解できるとは全く思っていない。写真や図がない限り、理解は不能である。

『ベイツ診察法』[第9版の翻訳] (2008・MEDSI) 642頁の写真が大きくて分かりやすい。

(20) Steven McGee『マクギーの身体診断学』[柴田寿彦監訳] (2004・エルゼビア・ジャパン) 184頁。

「あらゆる髄膜徴候の基本は、くも膜下腔を貫通している刺激状態にある脊髄神経を伸展させる動きへの自然な拒否反応である。」

(21) 東京地裁平成15年11月27日 (36歳男性)。(判例集未掲載・後掲注28参照)

(22) 竹本訳・前掲注(18) 250頁右側訳注。

★訳注が優れているということでも、好評の本である。

(23) 「感度 (sensitivity) は、100%ではない」と表現される。

(24) 「特異度 (specificity) は、100%ではない」と表現される。

(25) ロバート・B・テイラー『10分間診断マニュアル』[小泉俊三監訳] (2004・MEDSI) 27頁。

「よりいっそう高価ではあるが、MRIは脳腫瘍や他の慢性頭痛を起こす病変を見つけるには最良の画像診断である。急性出血が疑われる場合はCTのほうがよい。」

■最近開発された3D-FLAIR法は、亜急性期に対してだけは、感度100%という報告がある。このため、今後の裁判では、数日経過後の診療に限っては、CT撮影が注意義務の内容とはならないものと予想される。

(26) 松村理司編著『診察エッセンシャルズ』(2004・日経メディカル開発) 108頁。

「特に頭部CTで出血がはっきりせず腰椎穿刺を行う場合、穿刺による刺激で再出血を起こす危険性があるため、専門医にコンサルトのうで行う。」

- (27) CTは、EMI社により、1972年に商品化された。日本に初めて導入されたのは、1975年である。
- (28) 新潟地裁長岡支部平成10年3月11日（74歳男性）。判例タイムズ1003号245～262頁。「後頭部およびその周辺疼痛」 東京地裁平成13年3月30日（54歳男性）。判例タイムズ1076号286～293頁。「頭のふらつき」 東京地裁平成15年11月27日（36歳男性）。「左後頭部痛」
- (29) ■新潟地裁長岡支部平成10年3月11日（74歳男性）。
往診した医師から、「くも膜下出血か脳梗塞か脳に関する重大な疾患であり、自分の手には負えないので赤十字に行きなさい」と言われていた。しかし、病院では、家族は外で待機し、その事実を伝えそびれたようである。
■東京地裁平成13年3月30日（54歳男性）。家族には“ワンカップを飲んでも治らない”程の頭痛を電話で伝えていたようである。しかし、病院では、「頭痛すら訴えていなかった」と認定されている。
- (30) 札幌高裁平成14年2月28日（63歳女性）。[一審では請求棄却。] LEX/DB。（判例集未搭載）
- (31) 大阪地裁平成15年10月29日（51歳男性）。判例時報1879号86～96頁。
- (32) 大阪地裁平成18年2月10日（31歳女性）。判例時報1949号76～95頁。
- (33) 名古屋高裁平成14年10月31日（52歳女性）。判例タイムズ1153号231～242頁。一審では、患者が腰椎穿刺を拒否していたので、3割の過失相殺を認めていた。二審では、腰椎穿刺の必要性を十分に説明していないという理由で、過失相殺すらも否定した。
- (34) より忙しくない人に頼むと言う姿勢自体は、評価されるべきである。放射線科からは、後日「右シルビウス裂に高吸収域?? 不確かな所見ですが、くも膜下出血の否定は難しいです」という返事が返ってきている。裁判所は、その場に緊急に呼び出して読影してもらうことを要求しているようである。
- (35) 奈良地裁葛城支部昭和59年5月23日（38歳女性）。判例タイムズ541号214～220頁。
- (36) 初期のCTは、1枚の画像を得るのに、長い時間がかかった。そのため、身体を動かさないことが求められた。
- (37) 大阪地裁平成18年7月28日（28歳男性）。LEX/DB。（判例集未搭載）
若い人に発症することは、珍しい。
- (38) 裁判所は、糖尿病専門内科医については、「好発年齢ではなかったこと」も考

え、過失は否定している。

(39) 比較する慎重さは、賞賛されてよい。手術を担当した脳神経科医は、“2枚のCTを比較すれば、クモ膜下出血を疑える”旨、証言している。しかし、裁判所は、読影失敗の点は重くみず、神経内科医にとってはクモ膜下出血を「疑うことは困難」と判断している。

(40) 名古屋地裁平成15年6月24日(69歳女性)。判例タイムズ1156号206～214頁。

(41) ただ、裁判所は「判断がかなり困難さを伴うものであった」ことを、慰謝料の項目で認めている。

(42) 大塚裕史「予見可能性の判断構造と管理・監督過失」刑法雑誌36巻3号(1997)

■「…予見可能性の対象としての因果経過が抽象化されればされるほど、予見可能性判断は、事實的基盤を失って統計的・経験的意味での法則的関連性の判断に近づき、結果との心理的関連性が希薄になりがちで、責任主義との関係で問題が残る…。」(363～364頁)

■「『防火防災体制に何らかの不備があれば、死傷結果が発生することはありうる』という程度に因果経過の予見可能性の内容を過度に抽象化することが許されるならば、そのような常識的な事柄は誰にも予見可能であるどころか、一般的には、そのような法則的関連性を認識さえしているので、結果発生 of 具体的予見可能性を要求する意味が失われてしまう。」(371～372頁)

★診断学の勉強とは、ひたすら「法則的関連性を認識」していく過程である。

(43) 小林憲太郎『刑法的帰責』(2007・弘文堂)56～58頁参照。

(44) 逆に、確率が低くても、事實的基礎を伴っていれば、過失を基礎づけることになる。

■ジェームズ・リーズン『組織事故』[塩見弘監訳](1999・日科技連)240頁参照。
「…当局は、米国の航空機事故率が世界的に最も低いレベルにあることが検査システムがうまく機能している証拠であるというコメントを出した。しかし、批判勢力は事故率の大小での議論はいかに低い率といえどもそれで安全性を測るということは、パンクしなければ、すり減ったタイヤであっても安全であるとみなすことに酷似していて、間違いであると断罪した。」

(45) 名古屋地裁平成15年6月24日(69歳女性)の事案を参考にして、作った。実際の事案では、入院24日目に、更なるCT検査が施行されており、この所見から出血部位の同定は可能であったと認定されている(一部認容)。初日の段階で、出血部位を誤ったこと自体については、「過失があったと認めるには足りない」と判断さ

れている。

- (46) 山本・前掲注（5）参照。

■「…例えば『四方へ気を配る』ことは『四方へ頭を向ける』という外的行為も要求する…。」（399頁／エンギッシュ紹介の文脈）

■「…結果予見義務が『四方へ頭を向ける』といった外部的行為を含まないとは思われない…。」（400頁）

- (48) 細菌性の場合、致死性であり、急を要する。ウイルス性の場合、ゆっくりと対応することになる。

- (47) 大塚裕史「予見可能性の判断構造と管理・監督過失」刑法雑誌36巻3号（1997）368頁参照。

「…結果発生の予見可能性が肯定されるのは、結果促進要因が予見可能で、かつ、結果阻止要因の無効性が予見可能な場合ということになる。このように二つの座標軸を用意することによって、直感的な判断を避け判断の過程を少しでも可視的にすることが可能になると思われる。」

- (49) Eldow, J.A.&Captain, L.R.: Avoiding Pitfalls in diagnosing subarachnoidal hemorrhage. N Engl J Med. 342 (1): 29-36. 2000 33頁左側

- (50) 血液の消失は、治癒を意味しない。一度目の出血という事実は、二度目の出血が近づいていることを意味する。二度目では、血管はしっかりと破れることが多いので、出血は微量では済まず、落命するのである。

- (51) 東京地裁平成18年3月28日（4歳男児）。飯田英男『刑事医療過誤Ⅱ 増補版』（2007・判例タイムス社）。【診断到達可能性】763頁。

【問診】765～771頁。【ファイバースコープ】781～782頁。

- (52) 沢登佳人「すべての過失は認識ある過失である」植松博士還暦祝賀『刑法と科学—法律編』（1971・有斐閣）325～326頁。

■「通説によれば、故意は行為者に自己の動作が構成要件の結果を惹起するのに相当であるとの認識が現実にあった場合であり、過失はその認識が現実にはなかったが注意すれば可能であった場合である。」（325頁）

「…過失犯においては、行為者がどんなに注意をしても、否、注意すればするほど、その相当性を故意犯と同程度に高度のものとして認識することは不可能である。十分注意をして認識すればするほど、その相当性は故意犯のそれに比し著しく低いということが、いよいよ明らかになるからである。」（326頁）

■「たとえば、焚火をしたあとバケツの水を一杯かけただけで完全に消えたかどうか

か十分確認せずに立ち去ったら、その後突風が吹いて火の粉が飛び付近のごみ箱の油のしみた紙屑を燃え上がらせそれが家屋に燃え移って家屋を焼燬するに至った場合には、通常失火罪にとわれるが、この場合果たして、よく注意したならば『このまま立ち去ると放火犯に必要とされる程度に高度の蓋然性をもって火事が起こる』ということを認識しえた、一般的に言いうるであろうか。答えは否である。」(326頁)

- (53) 古川伸彦『刑事過失論序説』(2007・成文堂) 335頁参照。「危険増加論は回避可能性原理の『誤解』を正す。」という帰結を導くための記述として、次のような指摘がなされている。

■「たとえば、手術中の誤った投薬により患者が死亡した場合を考える。このとき、その投薬行為がなければ、その具体的な死亡結果は生じなかったであろう、という条件関係は存在する。かりに、解剖したところ、その患者は手術前から確実に手遅れの状態にあり、ミスなく手術を終えても間違いなく死亡したであろう場合、犯罪の成立は否定されるであろう。だが、その患者が、きわめて重篤であり、手術が確実に成功するとはいえない状況にあった場合まで、犯罪の成立を否定するならば、それは不当であろう。」

- (54) 古川伸彦『刑事過失論序説』(2007・成文堂) 340頁参照。危険増加論をどこで適用すべきかという問題に関して、以下のような記述がある。

■「…惹起可能性と回避可能性の双方が、in dubio pro reo 原則を侵害することなく認定されうる、という状況の存在を肯定できるとしても、そのような状況と、未証明の事実の存否が明らかになれば、実は確実性をもって発生または不発生の一方が確信されうる、という状況を区別する基準が問題となろう。」

■同書では、前者の状況を、「原理的不確実性が確信される」場合と呼ぶ。そして、そのような場合は、現実には存在すると指摘する。

■「少なくとも、今日の自然科学の認識に照らせば、生理学上または物理学上の法則が考慮される局面の一部において、仮定的な事象の展開が、蓋然的に幅をもって予測されるほかに、何か足りない事実を補えば確実性をもって特定されるわけではない、という認定が可能な場合があることは、疑いを容れないように思われる。」

- (55) 『EBMに基づくクモ膜下出血ガイドライン』32頁。

評釈(民事法情報No.251 73頁)に掲載されていたので、これを引用する。この図は分かりやすい。

(56) 大阪地裁平成18年7月28日（28歳男性）。正しく採取して「淡血性」と認識したのに、トラウマティックタップと誤解して、クモ膜下出血を疑わなかった。それには、3つの理由がある。①発熱があったので、髄膜炎を疑っていた。それゆえ、血液が混入するはずはなかった。②28歳と若く、好発年齢ではなかった。③すでに、CT検査（発症7日目）をしていて、明らかな出血所見はなかった。それは、内科医にとっては、読影困難なものであった。

なお、裁判所は、発症7日目の時点では、過失を否定した。しかし、その後の措置（発症9日目）について、過失を肯定している。

(57) ただ、この方法もありあてにならないという報告がある。

■林寛之『ステップ ビヨンド レジデント2』（2006・羊土社）147頁。

「3 tube method でだんだん試験管が薄くなれば、traumatic tap だと考えるように教えられたが、これも結構当てにならない。」

■Jan van Gijn, Richard S Kerr, Gabriel J E Rinkel : Subarachnoid haemorrhage. Lancet. 369 : 306—318. 2007

309頁右側にも、unreliable であると紹介されている。

(58) 竹本訳・前掲注（18）237頁を参考にして、さらに短くまとめ直した。

■教科書ごとに、整理の仕方は異なる。ここに示したのは、一例にすぎない。とはいえ、実践的という点では、特徴のある教科書である。

(59) 生坂政臣『めざせ！外来診療の達人 外来カンファレンスで学ぶ診断推論』（第2版）62頁。

★この本のまとめは、多義性に配慮しているので、一番疑問を生じない。

(60) 亀山元帥『ハーバード式診断テクニック』（2004・コスモトゥーワン）52～61頁。嘔吐のみから、クモ膜下出血を診断する過程が、描写されている。著者は、この位は医師として当然の仕事と考えているようである。しかし、読後の感想としては“むしろ賞賛に値する仕事”といわざるを得ない。著者は、①吐き気もなくいきなり嘔吐している、②嘔吐しているのに腹部所見が全くないことの2つを推論契機としている。しかし、①②は会話から得られたものではなく、会話時の印象から得られたものである。

(61) 西原春夫「藤木刑法学の発展過程」『藤木英雄 人と学問』（1979・弘文堂）

■「彼の晩年における研究の手法は、最近起こった事例を基礎として理論を一般化し、その一般化した理論をまた次に起こった事例に適用して検証するというものであった…」(15頁)。

■「彼はつねに、皆がどうしていいかわからぬ新しい問題の当面の解決に、まさに面目を発揮する人であった」(29頁)。

(62) 藤木英雄「加害者と被害者」『新しい刑法学』(1974・有斐閣) 187頁。

「不動産の不法占拠を被害者が実力で排除することは決して好ましいことではないが、国が被害者に対して何の保護も与えないままで実力行動を刑罰により禁圧するということは、なお大きな不正を犯すことになる、というのと同じ理由で、公害被害者に対する保護を欠いた状態で、もっぱら被害者が加害者に対抗して自衛を図るための行動に対して刑罰で禁圧する、ということになれば、それこそ被害者を加害者とりちがえる不正義が犯されることになる。このような明白な不正義が犯されるような事態に至る以前に、加害者を放置せずに適切な措置をとることが、立法をあずかる者の最重要の使命であるとしなければならない。」